

# Aplicación judicial del Derecho e inevitable creación normativa «vinculada»: algunas consideraciones

*A la memoria de mi maestro Juan G. Encinar*

Sumario:—I. LA VINCULACIÓN DEL JUEZ A LA LEY: DEL DEDUCTIVISMO LÓGICO A LA LÓGICA DE LO RAZONABLE.—II. LEGISLADOR Y JUEZ ANTE EL PROCESO DE CREACIÓN NORMATIVA: PANORÁMICA GENERAL DE LA ATRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE FUNCIONES.—III. LA ACTIVIDAD DEL JUEZ EN LA BÚSQUEDA DE LA NORMA DE DECISIÓN: EL PROGRAMA NORMATIVO COMO PUNTO DE PARTIDA Y LÍMITE.—IV. POLITICIDAD JURÍDICA Y METODOLOGÍA COMO CONDICIONANTES EN EL PROCESO DE CREACIÓN NORMATIVA DERIVADA DE LA APLICACIÓN/INTERPRETACIÓN DEL DERECHO.

## I. LA VINCULACIÓN DEL JUEZ A LA LEY: DEL DEDUCTIVISMO LÓGICO A LA LÓGICA DE LO RAZONABLE

El ordenamiento jurídico de origen liberal-burgués, contrariamente a lo anhelado por los teóricos del positivismo jurídico, no ha sido nunca un sistema normativo riguroso dotado de perfecta coherencia y plenitud hermética. M. Kriele lo ha expresado muy gráficamente al afirmar que, en contraposición a lo propugnado por el *modelo ilustrado*, no todo está regulado, y, además, respecto del Derecho producido, las normas dejan a su aplicador más problemas abiertos que resueltos <sup>1</sup>.

---

\* Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Cantabria.

<sup>1</sup> M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung- entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 2.ª ed., Berlin, 1976, p. 244. En similares términos, G. Zagrebelsky: «no hay regla escrita que no presente algún margen de ambigüedad o que no se preste a alguna interpretación evasiva», *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 2.ª ed., Madrid, 1997, p. 117.

No obstante, a pesar de esta evidencia, las corrientes formalistas sostuvieron la idea contraria, y aún prosiguen aferrándose a la misma<sup>2</sup>. Así, a partir de una sobrevaloración ilusoria de la función de la lógica formal en el razonamiento jurídico, han venido considerando que la argumentación deductiva agota íntegramente el discurso jurídico, haciendo abstracción de una realidad en la que se observa cómo cada decisión particular es propiamente *descubierta* con cierta libertad. En lógica consecuencia, atacarán tenazmente toda contaminación o mixtificación de cuanto exceda de las *construcciones* meramente técnico-formales.

Por consiguiente, al no permitírsele al aplicador del Derecho algo distinto del sometimiento fiel y mecánico a la voluntad del legislador, en la estimativa de estas corrientes, las ideas subjetivas de los Jueces carecen de margen de maniobra alguno<sup>3</sup>. De cualquier forma, no deja de resultar curioso que, según el método formalista, al no venir obligados los Jueces y Tribunales en un caso ordinario ni siquiera a investigar los objetivos y fines de las regulaciones normativas, tampoco saben cuándo se desvían en realidad de la voluntad del legislador con ocasión de llevar a cabo la interpretación lógico-deductiva que les parece *razonable* en términos de subsunción silogística<sup>4</sup>. Pues bien, esta postura, calificada ingeniosamente por algunos como «método objetivo», significa a la postre, en frase ocurrente de P. Badura, un continuo «vuelo metodológico ciego» de los aplicadores del Derecho más allá de sus atribuciones constitucionales; y, trascendiendo, implica asimismo la posibilidad de una encubierta e impune usurpación judicial de la competencia de configuración normativa en contra de la Ley y la Constitución<sup>5</sup>. Por consiguiente, el posi-

<sup>2</sup> C. de Cabo, quien lamenta la ausencia de un auténtico «discurso alternativo» al «cuantitativamente aplastante predominio de un vago formalismo y de un neopositivismo empobrecedor», «Encuesta sobre la orientación actual del Derecho Constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 1998, núm. 1, p. 30.

<sup>3</sup> L. Ferrajoli, «Posición institucional y función de la magistratura en el sistema político italiano», en *Política y Justicia en el Estado capitalista*, ed. de P. Andrés Ibáñez, Barcelona, 1978, p. 106; también G. Zagrebelsky, quien se refiere a la creencia del positivismo normativista o «l'illusione di una scienza giuridica tendenzialmente chiusa su se stessa a di una giurisprudenza desiderabilmente "meccanizzata" ma che, proprio per questo, contiene un'elusione», «Sul giudizio di uguaglianza e di giustizia. A proposito del contributo di Livio Paladin», en *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 2002, p. 17.

<sup>4</sup> R. Jiménez Asensio, *Imparcialidad Judicial y Derecho al Juez Imparcial*, Navarra, 2002: «lógicamente, como ha advertido Nieto (...) el silogismo no era sino la otra cara del movimiento codificador, puesto que se requería de modo indubitado un texto legal para construir la premisa mayor. Pero esa tendencia interpretativa pronto quebrará, y la crisis será absoluta, como recuerda el citado profesor, a partir de cierto momento histórico: "dicho sea con la mayor precisión —y tal como ha puesto de relieve Dieter Simon— la ideología de la subsunción sólo puede mantenerse mientras los textos legales reúnan las características que les atribuía el liberalismo decimonónico, a saber: generalidad, abstracción, determinación y carencia de lagunas. Por ello, cuando dichas características se disipan a finales de siglo fue inevitable el derrumbamiento de la creencia en el silogismo", *op. cit.*, p. 37. Y escribe el propio A. Nieto que corresponde a L. Recaséns Siches el mérito de haber sido el autor que con más energía y detalle ha combatido la tesis de la subsunción silogística, a la que apasionadamente llegó a calificar de magno error: «El magno error de considerar la sentencia como un silogismo (...) engendró una magna equivocación: la frenética manía de un deductivismo ilimitado en el campo de la jurisprudencia», *El arbitrio judicial*, Barcelona, 2000, p. 122.

<sup>5</sup> P. Badura, «Erneute Überlegungen zur Justiziabilität politischer Entscheidungen», en *Gegenrede. Aufklärung-Kritik-Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst G. Mahrenholz*, ed. de H. Däubler-Gmelin, K. Kinkel / H. Meyer / H. Simon, Baden-Baden, 1994, pp. 869 y ss. Y es que, como ya expresara G. Leibholz, «el juez

tivismo significa también absoluta vinculación de la ley para el Juez, esto es, vinculación a toda ley, incluso a la ley inmoral<sup>6</sup>; para expresarlo con G. Radbruch, el positivismo desarmaría de hecho a los juristas frente a leyes de contenido arbitrario y delictivo<sup>7</sup>.

Sin embargo, ya autores como G. Rümelin, en este caso a finales del siglo XIX, sostuvieron que «el Juez no es un deducccionista automático ni se limita a realizar operaciones intelectuales de subsunción»<sup>8</sup>. Asimismo, a más tardar desde los últimos años del propio siglo XIX, y sobre todo desde el principio del siglo pasado, la Escuela del Derecho Libre, en combinación con los primeros trabajos en materia de sociología jurídica, comenzó a dirigir sus primeros ataques contra el positivismo conceptual formalista y abstracto. O, en fin, los planteamientos de un Ph. Heck y su escuela, que tomando como guía las elaboraciones pioneras del «maestro R. von Jhering» y su concepción *objetiva* del Derecho como «interés jurídicamente protegido»<sup>9</sup>, encabezarían una nueva tendencia que pone sobre el tapete la relación del Derecho con la realidad y los intereses de la vida histórico-concreta, resaltando sobremanera el elemento teleológico de las normas jurídicas<sup>10</sup>. En consecuencia, cuestionarán seria-

---

no es el legislador», en consecuencia, «por llamado que esté a participar en la transformación del Derecho mediante una interpretación creadora de la norma jurídica, debe imponerse, a diferencia del legislador, ciertos límites y no puede usurpar las funciones de este último», *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, 1971, pp. 182-183.

<sup>6</sup> Chr. Hillgruber, «Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem», en *Juristenzeitung*, 1996, pp. 118 y ss.

<sup>7</sup> G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3.ª ed., Stuttgart, 1932, pp. 9 y ss. Sería precisamente este autor uno de los primeros en denunciar que con el postulado positivista *Gesetz ist Gesetz*, se minaron todas las defensas de la conciencia jurídica alemana contra leyes arbitrarias, lo que abriría el debate sobre las responsabilidades morales del positivismo en el proceso histórico que permitió las iniquidades nacional-socialistas. También en similares términos, E. von Hippel, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform*, 1923, pp. 14 y ss., quien se preguntaba si debían seguir manteniendo esa doctrina más propia de la monarquía absoluta que de una verdadera democracia, para terminar hablando del primado de la eticidad. Se trata, pues, entendía K. Larenz, de un problema de la validez del derecho y de un capítulo de la problemática relativa a la relación entre derecho y moral, pues, si por ejemplo al legislador le viene a la cabeza abolir la propiedad privada o introducir la poligamia, ¿el Juez está autorizado a rehusar la obediencia a esta ley?, *Das Problem der Rechtsgeltung*, 1929, especialmente pp. 26 y ss. No era, por tanto, un problema exclusivamente de formación de conceptos, sino también y esencialmente una cuestión de principios, en el sentido de E. Rothacker; principios que asumían una posición particular, porque, en definitiva, alcanzaban todos a decisiones de la voluntad radicadas en concepciones del mundo y por ello situadas fuera del ámbito de la lógica cognitiva, una cuestión, pues, de relación entre derecho y ética, *Logik und Systematik der Geisteswissenschaften*, 1927.

<sup>8</sup> Citado por A. Nieto, *El arbitrio...*, op. cit., p. 120, nota núm. 19. En sentido opuesto, el positivismo jurídico, como venimos diciendo, defendería la ejecución mecánica de la Ley por parte del Juez; así, a modo de ejemplo, K. Bergbohm *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, vol. I, Leipzig, 1892, p. 382. En el famoso prefacio a esta obra, Bergbohm pretendía lograr el purismo de los conceptos jurídicos, esto es, su liberación de cada forma de valoración de tipo iusnaturalista. Es preciso tener en cuenta que en autores como K. Bergbohm o J. Austin, la ley se confunde con la letra de la ley positiva, y se rechaza toda interpretación transpositivista o axiológica del texto legislativo.

<sup>9</sup> Un buen análisis del «cambio metodológico» que suponen las corrientes del derecho libre y la jurisprudencia de intereses, es el desarrollado por V. Hernández Marín, *Independencia del Juez y desorganización judicial*, Madrid, 1991.

<sup>10</sup> Ph. Heck, *Das problem der Rechtsgewinnung*, Tübingen, 1912, y *Begriffsbildung und interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932. Para el autor las leyes son el resultante de los intereses en constante pugna y contraposición que aspiran a su reconocimiento, sea de orientación material, nacional, religiosa o ética.

mente estos planteamientos que el ejercicio de la función jurisdiccional corresponda en realidad con la expresión de aquel tipo ideal de poder impotente y meramente mecanicista pretendido por Montesquieu; de la *bouche de la loi*, a la postre, del «no-poder»<sup>11</sup> —el propio autor califica a la jurisdicción de *puissance*—<sup>12</sup>. De este modo, tales aportaciones, junto con algunas otras corrientes de pensamiento, contribuirían a la destrucción de la imagen distorsionada del Juez como autómatas de la subsunción pulida por el positivismo formalista y proveniente del «mito iluminista»<sup>13</sup>; idea, además, categóricamente de nuevo desmentida por la realidad, toda vez que, como muy bien se ha subrayado, el poder judicial no ha sido nunca «*en quelque façon nul*»<sup>14</sup>.

En este sentido, García de Enterría nos recuerda más explícitamente las profundas transformaciones de la función judicial como consecuencia de la consolidación del Estado constitucional democrático, y reconoce que el Juez es en la actualidad, sí, la boca que pronuncia las palabras de la ley, pero no en el sentido citado y pensado por Montesquieu, en cuanto expresión de un poder *pour ainsi dire, indivisible et nulle*<sup>15</sup>, esto es, limitado al desarro-

<sup>11</sup> Nuestra Constitución utiliza la expresión «poder judicial» en el Título VI, mientras emplea la expresión «potestad legislativa» en el art. 66.2, y «potestad reglamentaria» en el art. 97. No obstante, el art. 1.2 se refiere a todos los poderes del Estado emanados del pueblo, y el art. 117.1 reitera específicamente que la justicia «emana del pueblo».

<sup>12</sup> Recuerda T. S. Vives Antón que la configuración de la potestad jurisdiccional ofrecida por Montesquieu encuentra su origen en los planteamientos de Beccaria: las leyes deben ser claras, de modo que no necesiten interpretación y, pudiendo ser entendidas por todos, cualquiera pueda aplicarlas sin dificultad, «La responsabilidad del Juez en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial», en *Documentación Jurídica*, t. XII, núms. 45-46, 1985, p. 340.

Efectivamente, en la concepción teórica de los revolucionarios franceses, el poder judicial estaba, «no sólo sometido al imperio de la Ley, sino que frente a ésta el Juez actuaba sin ningún tipo de margen, por mínimo que fuera, de creatividad judicial. A partir de estas premisas, el Juez se configura como mero ejecutor de la ley, cuya función consiste en la aplicación estricta de un instrumento normativo que se pretende omnipotente y que tiene vocación y pretensión de regularlo todo. La función judicial se ve reducida, así, por tanto, a una suerte de oficio propio de un autómatas», R. Jiménez Asensio, *Imparcialidad Judicial...*, op. cit., p. 35, donde se recoge la cita de R. Carré de Malberg: «en la época revolucionaria la jurisdicción se considera como una función de pura aplicación, y, por tanto, también de ejecución de las leyes»; y en las pp. 36-37 cita de nuevo al constitucionalista francés, para quien «la Constituyente partió de la convicción, tan profundamente anclada en el espíritu público de los tiempos de la Revolución, de que el derecho por entero está contenido en la ley, y que sólo la ley puede querer y, por consiguiente, crear derecho; que, por lo tanto, el oficio de Juez se reduce a hacer en cada caso la aplicación casi servil del derecho legal».

<sup>13</sup> Que el pensamiento jurídico moderno rechaza como falaz, S. Senese, «La institución judicial en Italia de la segunda posguerra hasta hoy», en *Política y Justicia en el Estado capitalista*, ed. de P. Andrés Ibáñez, Barcelona, 1978, p. 62.

<sup>14</sup> O. Bachof, *Jueces y Constitución*, Madrid, 1985, p. 24. En similares términos, E. García de Enterría, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, 2.ª ed., Madrid, 1981; y más recientemente G. Cámara Villar, «Justicia y política en la España democrática», en *Revista de Derecho Político*, núm. 47, 2000, p. 39.

<sup>15</sup> La cita de Montesquieu se contiene en su clásica obra *De l'Esprit des Lois*, Libro XI, Capítulo 6: «des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle, (...) les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi: des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur; la jurisprudence des tribunaux, n'est autre chose que la loi; le mot de jurisprudence, pour suit-il, doit être effacé de notre langue». Similar convicción sería expresada por Robespierre: «Dans un État qui a une Constitution, une législation, les juges de la nation ne sont des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur»; y Le Chapelier calificaría a la jurisdicción como «la plus détestable des institutions». Una buena síntesis en perspectiva histórica del poder judicial como «un pouvoir toujours refusé» en Francia, es la ofrecida por D. Turpin, «Pouvoir ou autorité juridictionnelle», en *Revue du droit public*, núm. 1, 2002, pp. y ss.

llo de una «función particularizadora, meramente automática, del texto literal de las leyes formales, sino en el más tradicional de la *iurisdictio*, de decir el Derecho»<sup>16</sup>. Y, desde este contexto, el poder legislativo no podrá reivindicar un monopolio de creación jurídica, también el Juez está llamado a crear Derecho; si bien, en el centro del problema de la vinculación jurídica está siempre la cuestión fundamental de la legitimidad de toda creación jurídica por parte del Juez<sup>17</sup>.

Pues bien, esta «responsabilidad propia de la justicia por otorgar un carácter positivo al derecho»<sup>18</sup>, resultante de la manera en que *funciona* la actividad jurisdiccional, ha sido reconocida constitucionalmente en atención a la virtualidad real del principio de la división de poderes operante en el constitucionalismo democrático<sup>19</sup>. Así, en el marco constitucional de distribución de funciones, se puede describir a la función jurisdiccional —análogamente a la libertad creativa del legislador así como al margen discrecional de valoración y/o decisión de la Administración— con el concepto de libertad judicial de «valoración vinculada a la norma», respecto de la resolución de conflictos entre los miembros de la Comunidad Política<sup>20</sup>.

Por lo tanto, en el marco de un proceso de creación jurídica complejo, propio del Estado social y democrático, las decisiones judiciales no son en modo alguno la consecuencia de una deducción lógica a partir de una norma dada, sino el resultado de una argumentación dialéctica compatible con la vinculación a la ley y al principio estructural del Estado de Derecho, en la que prevalece la lógica de lo razonable<sup>21</sup>; naturalmente, en el ámbito de los márgenes constitucionalmente permitidos de discrecionalidad<sup>22</sup>, o de apre-

<sup>16</sup> E. García de Enterría, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, 2.ª ed., Madrid, 1996, p. 128. En similares términos, L. Díez-Picazo: «si “el derecho” es, más que un dato, un “*iustum*”, que se busca e investiga y que cristaliza en las decisiones de los casos, parece bastante claro que el derecho se realiza siempre judicialmente y que la función judicial es siempre “*ius dicere*”», *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Madrid, 1975, p. 130.

<sup>17</sup> H. P. Schneider, «Rechtstheorie ohne Recht? Zur Kritik des spekulativen Positivismus in der Jurisprudenz», en *Mensch und Recht. Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag*, ed. de A. Hollerbach/W. Maihofer/Th. Würtenberger, Frankfurt am Main, 1972, pp. 108 y ss.; y H. Sandler, «Richterrecht— rechtstheoretisch und rechtspraktisch», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, pp. 3240 y ss.; por lo que, añaden, cualquiera que sea su alcance, el derecho de creación judicial debe estar investido de la misma calidad normativa que el derecho legislado, y, por ello, sometido a los mandatos de objetividad, estabilidad y publicidad.

<sup>18</sup> J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien richterlicher Entscheidungspraxis*, 2.ª ed., Frankfurt am Main, 1972, p. 192.

<sup>19</sup> H. P. Schneider, «Rechtstheorie ohne Recht? Zur Kritik des spekulativen Positivismus in der Jurisprudenz», en *op. cit.*, pp. 108 y ss. Asimismo, P. Häberle, para quien esta «proyección real del principio de separación de poderes», y la consiguiente «elevación del tercer poder, el judicial, a su condición de poder enteramente autónomo en el seno del Estado —evidente sobre todo en el Estado constitucional más que en cualquier otro modelo de Estado— representa la posibilidad de poder depositar la confianza en el Derecho como sistema de garantías reales», *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, 2000, pp. 115-116.

<sup>20</sup> H. P. Schneider, «Rechtstheorie ohne Recht? Zur Kritik des spekulativen Positivismus in der Jurisprudenz», en *op. cit.*, pp. 108 y ss.

<sup>21</sup> H. P. Schneider, «Rechtstheorie ohne Recht? Zur Kritik des spekulativen Positivismus in der Jurisprudenz», en *op. cit.*, pp. 108 y ss.

<sup>22</sup> Por ejemplo, este reconocimiento en H. P. Schneider, *Democracia y Constitución*, Madrid, 1991, pp. 80-81. Por su parte, A. Nieto recuerda que corresponde a H. Kelsen el mérito de haber dado el paso

ciación inherente a su función, para expresarlo con nuestro Tribunal Constitucional<sup>23</sup>. Con lo cual, el poder judicial adopta como poder público decisiones independientes en las que se mezclan el conocimiento jurídico y la creación jurídica, factores de precomprensión, de la socialización judicial y del interés de la decisión, formando todo ello una unidad indivisible constitutiva del ámbito nuclear de la función jurisdiccional<sup>24</sup>.

## II. LEGISLADOR Y JUEZ ANTE EL PROCESO DE CREACIÓN NORMATIVA: PANORÁMICA GENERAL DE LA ATRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE FUNCIONES

En lo que ahora nos interesa, referente a este proceso de creación o producción jurídica, una breve y genérica observación de la estructura de las funciones constitucionales revela que el ordenamiento constitucional español de ningún modo se limita a regular con carácter general la vinculación judicial al Derecho conforme establece el art. 117.1 de la Constitución, sino que concreta esa vinculación ofreciendo soluciones diferenciadas.

El principio más importante que condiciona en el Estado democrático el reparto de funciones de esta naturaleza entre los poderes legislativo y judicial es el de la primacía del Derecho<sup>25</sup>, reflejado ya en el Preámbulo de la Constitución española. Según allí se expresa, la Nación española proclama su voluntad de «consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular»<sup>26</sup>; fórmula mediante la que se significa asimismo que en último término el control y responsabilidad del ejercicio del poder se realizan ante el pueblo. Además, en la forma de expresar la supremacía de la Constitución, se pone plásticamente de manifiesto la garantía de la vinculación de todos los órganos del Estado a la propia Norma Fundamental y al ordenamiento constitucional en su conjunto —art. 9.1 CE<sup>27</sup>—, así como, en particular, a los derechos fundamentales —art. 53.1 CE—. De esta manera, ningún acto de los poderes públicos puede contradecir lo dispuesto por la Constitución o atentar contra la configuración esencial de los derechos fundamentales propia de cada momento histórico concreto, como viene a declarar el art. 53.2 CE.

«manifiestamente gigantesco» a partir del cual «se constata que la discrecionalidad no aparece sólo en ausencia de ley —ex jure non definitiva—, sino incluso con ley. La discrecionalidad es omnipresente, puesto que no depende de que haya ley o no; sino del grado de inconcreción —que siempre ha de existir, poco o mucho— de la ley», *El arbitrio...*, op. cit., p. 258.

<sup>23</sup> En la STC 8/1981, de 30 de marzo.

<sup>24</sup> H. P. Schneider, *Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht. Bemerkungen zum Beruf der Rechtspredung im demokratischen Gemeinwesen*, Frankfurt/Main, 1969, pp. 94 y ss.

<sup>25</sup> H. Sendler, «Richterrecht- rechtstheoretisch und rechtspraktisch», en op. cit., pp. 3241 y ss.

<sup>26</sup> Así, E. García de Enterría, sólo en la Ley, expresa, «queda impresa la voluntad popular, como sigue hoy diciendo el preámbulo de nuestra Constitución», «La democracia y el lugar de la Ley», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 92, 1996, p. 626.

<sup>27</sup> La redacción del art. 9 de la Constitución, sostiene Ó. Alzaga Villaamil, refleja claramente la «diferencia de la Constitución, situada en un plano superior, del resto del ordenamiento, ubicado en un plano inferior al que ocupe aquella», *Derecho Político Español, según la Constitución de 1978*, 3.ª ed., Madrid, 2001, p. 313.

La primacía del Derecho en el Estado democrático se plasma asimismo en la supremacía de la Ley frente a cualesquiera otros actos normativos de los poderes públicos constituidos, incluyendo, por tanto, las sentencias judiciales<sup>28</sup>. Pues bien, esta primacía deriva del hecho de constituir la Ley, aún en la actualidad, «la manifestación por antonomasia» del principio democrático<sup>29</sup>; principio no sólo de validez, sino de legitimidad de la Constitución, al que el mismo artículo 1.1 de la Norma Fundamental española dota de un específico contenido material que luego tendrá su proyección a lo largo del articulado<sup>30</sup>. De esta manera, cuando una materia determinada está expresamente regulada por medio de Ley, a la hora de la aplicación jurídica todos los demás criterios retrocederán en rango, situándose detrás de esta norma primaria. En consecuencia, desborda claramente el orden constitucional democrático una relación en pie de igualdad o de abierto concurso de decisiones sobre el orden jurídico de la Comunidad Política entre el poder legislativo y el poder judicial<sup>31</sup>, incluso teniendo en cuenta el derecho de los Tribunales a decidir en última instancia en un caso individual<sup>32</sup>.

Pero, tal como se ha expresado, en el constitucionalismo democrático, por la propia naturaleza de las cosas, el poder legislativo no podrá reivindicar un monopolio de creación jurídica, también el Juez está llamado a *crear derecho* en los márgenes constitucionalmente previstos<sup>33</sup>. Se supera así la vieja ficción demoliberal de la rígida separación orgánica entre el órgano de creación jurídica que corresponde con carácter exclusivo al parlamento —considerado jerárquicamente superior— y el órgano de aplicación normativa<sup>34</sup>: la concepción que hace del *Parlamento soberano* la única fuente del Derecho, se ve resquebrajada en el constitucionalismo continental «cuando, con la quiebra del positivismo voluntarista, se evidencia la falacia de la complitud del ordenamiento»<sup>35</sup>. No

<sup>28</sup> H. Sendler, «Richterrecht- rechtstheoretisch und rechtspraktisch», en *op. cit.*, p. 3242.

<sup>29</sup> Ó. Alzaga Villaamil, *Derecho Político...*, *op. cit.*, p. 370. En el sistema del Estado de Derecho, dirá H. Heller, «la garantía de justicia relativa de la ley estriba en todo el procedimiento legislativo, a través del cual deben expresarse y concretarse, con la mayor libertad e igualdad posibles, todas las valoraciones que viven en el pueblo», *Escritos Políticos*, Madrid, 1985, p. 85.

<sup>30</sup> M. Aragón Reyes, *Constitución y Democracia*, Madrid, 1989, p. 104.

<sup>31</sup> Para la consideración de la judicatura como auténtico poder del Estado, esto es, como un conjunto orgánico dotado de genuino poder político, L. M.<sup>a</sup> Díez-Picazo Giménez, *La Jurisdicción en España. Un ensayo de valoración constitucional*, Madrid, 1994, *passim*.

<sup>32</sup> H. P. Schneider, «Rechtstheorie ohne Recht? Zur Kritik des spekulativen Positivismus in der Jurisprudenz», en *op. cit.*, p. 110.

<sup>33</sup> Para decirlo en términos reiterados por el Tribunal Constitucional alemán, citado por E. Benda, «El Estado social de Derecho», en *Manual de Derecho Constitucional*, ed. de E. Benda/W. Maihofer/H. J. Vogel/K. Hesse/W. Heyde, Madrid, 1996, p. 500. Asimismo, H. Sendler, «Richterrecht-rechtstheoretisch und rechtspraktisch», en *op. cit.*, p. 3244, con lo cual se reconoce el desarrollo continuado del orden jurídico como una función legítima del Juez.

<sup>34</sup> Muy expresivamente un clásico del Estado legislativo, R. Carré de Malberg, dirá: «gracias a la separación de los poderes, el carácter estatutario de la ley ya no es solamente la consecuencia de una distinción teórica y artificial entre la regla legislativa y las demás prescripciones reglamentarias, sino que dicho carácter estatutario corresponde a una superioridad realmente inherente a la ley y que proviene de que esa ley es obra de una autoridad que domina y dirige a todas las demás autoridades», *Teoría General del Estado*, México, 1998, p. 326.

<sup>35</sup> F. Rubio Llorente, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1997, p. 575; asimismo se referirá a la «resistencia de los demócratas del viejo estilo, hoy denominados jacobinos, a

obstante, por todo lo expuesto —y ya lo hemos expresado—, es cierto que la primacía del derecho legislado plasmada de forma tanto material como procedimental, no permite conceder a las resoluciones judiciales globalmente una importancia en pie de igualdad frente a la Ley, sino un papel más bien subordinado<sup>36</sup>. La Constitución prevé así ciertos ámbitos funcionales reservados, tanto para la legislación como para la jurisdicción, lo cual hace que los excesos recíprocos han de ser considerados como violaciones de competencias, de carácter, pues, inconstitucional, porque afectan al ámbito nuclear de las funciones separadas del Estado. Si recordamos, la potestad legislativa corresponde a las Cortes Generales —art. 66.2 CE— y la potestad reglamentaria al Gobierno «de acuerdo con la Constitución y las leyes» —art. 97 CE—. Y, de modo singularizado, establece la propia Constitución que al poder judicial, integrado por Jueces y Magistrados independientes, le corresponde con carácter exclusivo «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado» —principio de exclusividad funcional recogido en el doble sentido positivo y negativo por el art. 117.3 CE<sup>37</sup>—, sometido únicamente al imperio de la Ley; al tiempo que, paradójicamente, se le encomienda asimismo la función de garantizar el sometimiento de todos los demás poderes a la propia Ley.

Desde estas coordenadas, a los efectos de determinación del mandato de creación jurídica *vinculada*, tiene evidentemente superior importancia el ámbito competencial exclusivo del legislativo que el Juez no debe desacatar<sup>38</sup>, por exigencia de la supremacía de la Ley en cuanto creación de un legislador democrático representante del pueblo español —art. 66.1 CE—; y que, en su virtud, se beneficia de la presunción de constitucionalidad de sus actos<sup>39</sup>. En efecto, en el régimen de la división de trabajo de creación normativa coordinada entre los poderes legislativo y judicial, existe una clara prerrogativa del legislador, pues, como observamos, este entramado complejo de funciones especiales asignadas a diferentes poderes conecta estrechamente con el mandato de vinculación jurídica en el sentido de que, desde el punto de vista teórico, contrariamente a la primacía de la decisión judicial establecida para cada caso concreto por tener asignada la competencia positiva, la primacía de la Ley despla-

---

abandonar el dogma de la soberanía de la ley y la sujeción a ella del Juez», en *op. cit.*, p. 544. Sobre la inestimable contribución del legalismo exacerbado a la superación «definitiva e insoslayable del sistema del positivismo jurídico estricto» y su pretensión de «reducir la ciencia del Derecho y la correlativa técnica de aplicación de sus normas a la simple hermenéutica del texto de la Leyes», E. García de Enterría, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, 1999, pp. 102 y ss.

<sup>36</sup> Por ejemplo, U. Scheuner, «Der Bereich der Regierung», en *Festschrift für Rudolf Smend. Rechtsprobleme in Staat und Kirche*, Göttingen, 1952, pp. 275 y ss., quien mantiene que el Juez no está facultado para crear *ex novo* derecho, tan sólo expresa los límites del derecho existente, e insiste en que corresponde a los órganos políticos la determinación de los objetivos.

<sup>37</sup> Sobre el significado de las vertientes positiva y negativa de la exclusividad, puede verse L. M.<sup>a</sup> Díez-Picazo, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, 1991, especialmente pp. 43 y ss.

<sup>38</sup> H. P. Schneider, «Rechtstheorie ohne Recht? Zur Kritik des spekulativen Positivismus in der Jurisprudenz», en *op. cit.*, pp. 108 y ss.

<sup>39</sup> Por lo que la sujeción del Juez a la ley ya no es «como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuese su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución», L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 2002, p. 26.



za a un segundo lugar al Juez en el ámbito de las funciones de creación jurídica general<sup>40</sup>, estableciendo, por lo tanto, barreras competenciales claras<sup>41</sup>. El legislador tiene primacía, en particular a la hora de desarrollar la Constitución, y, en consecuencia, ni una «relación de competencias» en pie de igualdad, ni una «función de reserva» a favor del Poder Judicial, son compatibles con el mandato de vinculación judicial a los textos normativos elaborados por los órganos inmediata o mediatamente representativos de la Comunidad política<sup>42</sup>. Con ello, no se pregona un «totalitarismo legislativo»<sup>43</sup>, pues, en los términos apuntados, la innegable capacidad de creación judicial de Derecho incluso halla reconocimiento «en forma indirecta en el art.161.1.a) CE»<sup>44</sup>, únicamente se marcan los límites del *legítimo* derecho de creación judicial conforme a la Constitución<sup>45</sup>, sacando la discusión de su más reciente encorsetamiento abstracto sobre los métodos hermenéuticos para sentarla antes que nada sobre sus bases constitucionales<sup>46</sup>. Es así que, desde estas premisas claramente definidas en el texto constitucional, ha podido expresarse que la «inserción en el esquema clásico de nuestro constitucionalismo de un Juez creador del Derecho y no ya simple aplicador automático de la ley no suscita, sin embargo, problemas insolubles, en cuanto el Juez siga estando sometido a la ley»<sup>47</sup>.

Por consiguiente, aunque la vinculación exclusiva al imperio de la Ley no sea ni mucho menos tan estricta como pudiera sugerir la idea —que hemos dicho en absoluto puede considerarse cierta— del Juez como *autómata de la subsunción*, le corresponde, ciertamente, una fuerza legitimadora importante, en el sentido jurídico-normativo de «estar justificado»<sup>48</sup>. El Juez se encuentra vinculado a la Ley y a la Constitución en la medida en que esta última, asignando determina-

<sup>40</sup> En términos de F. Balaguer Callejón carece de la «plenitud propia de la producción legal», pues mientras el legislador puede establecer «una cadena de enunciados completa», la jurisdicción tiene únicamente un «potencial corrector», «Tribunal Constitucional y creación del Derecho», en *La Justicia constitucional en el Estado democrático*, ed. de E. Espín Templado y F. J. Díaz Revorio, Valencia, 2000, pp. 386 a 388.

<sup>41</sup> H. P. Schneider, «Rechtstheorie ohne Recht? Zur Kritik des spekulativen Positivismus in der Jurisprudenz», en *op. cit.*, pp. 108 y ss.

<sup>42</sup> H. P. Schneider, «Rechtstheorie ohne Recht? Zur Kritik des spekulativen Positivismus in der Jurisprudenz», en *op. cit.*, pp. 108 y ss. En similares términos, C. Guarnieri/P. Pederzoli, *Los jueces y la política*, Madrid, 1999, p. 69.

<sup>43</sup> J. Esser, *Vorverständnis und Methodenvwahl...*, *op. cit.*, p. 192.

<sup>44</sup> L. López Guerra, «Encuesta sobre la orientación actual del Derecho Constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 1998, núm. 1, p. 52.

<sup>45</sup> En este sentido, M. Cappelletti, *Giudice legislativo?*, Milano, 1984, p. 92. Expresivamente, como siempre en el autor, P. Häberle: «queda de manifiesto cuán importante es el rol judicial como “cocreador del Derecho” configurándolo a través de la praxis cotidiana», *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, 2002, p. 171.

<sup>46</sup> H. P. Schneider, «Rechtstheorie ohne Recht? Zur Kritik des spekulativen Positivismus in der Jurisprudenz», en *op. cit.*, pp. 108 y ss.

<sup>47</sup> F. Rubio Llorente, *La forma del poder...*, *op. cit.*, p. 575.

<sup>48</sup> H. Hofmann, *Legitimität und Rechtsgeltung*, Berlin, 1977, en tanto que constituye una cualidad o propiedad específica de la soberanía estatal, dirá, pp. 77 y ss. Va a ser en esta sumisión del Juez *únicamente al imperio de la ley*, donde la doctrina más autorizada fundamenta la legitimación democrática del Juez: «dado que el fundamento de la obligatoriedad del derecho es la propia voluntad popular plasmada en la ley, la legitimación de la decisión jurisdiccional deriva de su sumisión a ella, a una regla externa y previa que la justifica», I. de Otto, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989, p. 41, y *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, p. 142.

das funciones a la jurisdicción y al legislador, le impone al Juez límites insuperables<sup>49</sup>. De este modo, pese a los márgenes de valoración existentes, la aplicación del Derecho por el Juez continuará teniendo referencias claras en la Ley de la que recibe impulsos significativos<sup>50</sup>. Así, el derecho de creación judicial constituye un complemento correlativo necesario<sup>51</sup>, pero ha de dejarse claro que la actividad del Juez no puede ni sustituir ni desplazar a la función legislativa.

Desde la perspectiva constitucional, sigue siendo relevante el hecho de que la decisión judicial no tiene la misma legitimación democrática que la Ley aprobada por el Parlamento; porque, de una parte, carece del elemento de la formación de voluntad política, y, por otro lado, no es controlable por representantes directamente elegidos<sup>52</sup>. En consecuencia, considerada la relación esencial y recíproca entre democracia y Ley<sup>53</sup>, esto es, al estar considerada la Ley aprobada por el Parlamento y, por ende, investida directamente de legitimación democrática, como el instrumento más importante y eficaz para la ordenación de los ámbitos vitales del Estado —tanto desde el punto de vista de la razonabilidad como desde la estabilidad<sup>54</sup>—, en aquellas cuestiones esenciales que afecten a la colectividad la «prerrogativa de decisión»<sup>55</sup> corresponderá indiscutiblemente en todo caso a los órganos legislativos<sup>56</sup>. Sólo así es posible que la Ley desarrolle el efecto integrador y garante de la libertad y de la igualdad, cualidades que hacen de la misma el instrumento más digno del orden jurídico-estatal constituido. En efecto, esta aludida función central de la Ley en la sociedad democrática del presente conlleva que las grandes decisiones normativas, tanto de organización global del sistema político-social como de ordenaciones sectoriales, sigan siendo una función indeclinable del legislador

<sup>49</sup> H.P. Schneider, «Rechtstheorie ohne Recht? Zur Kritik des spekulativen Positivismus in der Jurisprudenz», en *op. cit.*, pp. 108 y ss.

<sup>50</sup> Por todos, F. Müller, máxime, dice, siendo tan fluidos los límites entre la aplicación del Derecho y el «derecho de creación judicial», pues el autor entiende que, ambos, legislador y Juez, tienen conjuntamente la función de configuración normativa en un proceso dialéctico y de control mutuo, *Richterrecht. Elemente einer Verfassungstheorie*, IV, Berlin, 1986, *passim*.

<sup>51</sup> J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl...*, *op. cit.*, p. 192.

<sup>52</sup> H.P. Schneider, «Verfassungsinterpretation aus theoretischer Sicht», en *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst. Festschrift für Konrad Hesse zum 70. Geburtstag*, ed. de H.P. Schneider/R. Steinberg, Heidelberg, 1990, pp. 41 y ss. El Juez, expresa E. García de Enterría, no es un órgano «ciego y automático de aplicación de las Leyes, pero tampoco puede ser el señor del Derecho en una sociedad libre e igualitaria, de nuevo el papel de la Ley se revela central e insustituible en la sociedad democrática», «La democracia y el lugar de la Ley», en *op. cit.*, p. 622.

<sup>53</sup> E. García de Enterría, «La democracia y el lugar de la Ley», en *op. cit.*, p. 625.

<sup>54</sup> La Ley, dice E. García de Enterría, «no es ya el único instrumento de regulación social, pero la Ley sigue siendo insustituible, porque sigue siendo verdad que es ella misma expresión del principio democrático. La Ley es tal porque ha sido querida por el pueblo, a través de su representación parlamentaria, y eso tiene un valor básico por sí solo (...) todo lo cual lleva a mantener la preeminencia de la Ley en la sociedad democrática (...) el papel de la Ley se revela central e insustituible en la sociedad democrática», «La democracia y el lugar de la Ley», en *op. cit.*, p. 622.

<sup>55</sup> M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung...*, *op. cit.*, p. 311.

<sup>56</sup> En opinión de E. García de Enterría, «las grandes decisiones normativas y de organización del sistema son una función indeclinable del legislador, en el que se expresa la voluntad popular, decisiones que no se conciben sin la decisión de esa voluntad (...) la democracia necesita inexcusablemente de la ley y no puede abdicarse de la responsabilidad central de la Ley», «La democracia y el lugar de la Ley», en *op. cit.*, p. 626.

parlamentario, por medio de quien se expresa la voluntad popular<sup>57</sup>; porque, como expresa E. Denninger, si el legislador democrático es el «custodio del bien común frente a los intereses de grupo (...) se requiere de él crecientemente medidas de organización, dirección y asignación de recursos»<sup>58</sup>.

Ciertamente, la jurisdicción está en condiciones de practicar mayor justicia en los casos individuales y garantizar una mayor cercanía a los hechos, pero no es capaz, o lo es en menor medida, de establecer la continuidad, estabilidad y racionalidad requeridas en un Estado de Derecho, en los términos en que sí lo puede hacer el legislador a través de la producción de estructuras normativas de carácter más o menos general y abstracto<sup>59</sup>. Por ello, en el Estado constitucional democrático, tal como venimos afirmando, resulta claramente inconstitucional una relación de abierto concurso de decisiones entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo en orden a la creación normativa<sup>60</sup>. El tratamiento judicial de las cuestiones en litigio requiere programas normativos *justiciables*, es decir, un marco de valoración preliminar y las correspondientes claves para la valoración, basados en actos que expresen directamente la formación de la voluntad política<sup>61</sup>. Por otra parte, las resoluciones judiciales presentan déficits bajo aspectos del Estado social. Entre otros aspectos, el hecho de no ser planificables, un ámbito de repercusión a menudo muy limitado, así como la necesidad de instar el inicio del procedimiento, hace que resulten inadecuadas como instrumento de prestación e intervención del Estado en los sectores requeridos<sup>62</sup>.

### III. LA ACTIVIDAD DEL JUEZ EN LA BÚSQUEDA DE LA NORMA DE DECISIÓN: EL PROGRAMA NORMATIVO COMO PUNTO DE PARTIDA Y LÍMITE

La norma jurídica, como ya hemos expresado, jamás se adaptará a la realidad hasta reflejarla perfectamente, siempre habrá una distancia<sup>63</sup>, aunque evidentemente ésta no puede ser reenviada al infinito. Este carácter limitado

<sup>57</sup> Y, en consecuencia, estas decisiones no se conciben legítimas sin la intervención de los representantes inmediatos de esa voluntad a través de un procedimiento mediante el que se lleva a cabo el proceso ordinario de integración política, G. Zabrebelsky, *Manuale di Diritto Costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1988, pp. 154-155.

<sup>58</sup> E. Denninger, «El lugar de la Ley», en *Democracia representativa y parlamentarismo*, ed. de A. López Pina, Madrid, 1994, p. 58.

<sup>59</sup> J. Ipsen, *Richterrecht und Verfassung*, Berlin, 1975, pp. 194 y ss.

<sup>60</sup> J. Ipsen, *ibidem*, pp. 194 y ss.

<sup>61</sup> J. Esser, *Vorverständnis und Methodenvwahl...*, *op. cit.*, p. 200, para quien el Juez no es legislador en el sentido de desarrollar un programa porque carece de la competencia legislativa para ello.

<sup>62</sup> H. P. Schneider, «Rechtstheorie ohne Recht? Zur Kritik des spekulativen Positivismus in der Jurisprudenz», en *op. cit.*, pp. 108 y ss. Ha de tenerse en cuenta que los Jueces deben atender a la iniciativa de los sujetos interesados y que el derecho judicial tiene normalmente un desarrollo lento y gradual bastante incapaz para dar respuestas rápidas o para adaptarse a los dinámicos y complejos problemas sociales, económicos y políticos, aquello que L. Fuller ha denominado «competencias policéntricas», «The Forms and Limits of Adjudication», en 92 *Harvard Law Review*, 1978, especialmente p. 365.

<sup>63</sup> La norma jurídica «no obstante delimitada en sus grandes directrices, está siempre «inevitablemente indeterminada en todos sus extremos», J. L. Requejo Pagés, *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, 1989, p. 148.

de la aplicación se refuerza por el imperativo para todos los poderes llamados a aplicar la Ley, «de interpretarla conforme a la Constitución», «esto es, elegir entre sus posibles sentidos aquel que sea más conforme con las normas constitucionales»<sup>64</sup>, lo que implica la correlación lógica de la «prohibición, a estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales»<sup>65</sup>.

Por lo tanto, se puede afirmar sin ningún género de duda, que cada actividad de aplicación del Derecho presupone siempre una actividad de interpretación, en el sentido también de una atribución de sentido por parte del intérprete<sup>66</sup>. De esta forma, dice D. Simon, quiebra la doctrina tradicional de la aplicación del Derecho, y termina por decantarse la idea de que, con carácter general, «la propia valoración del Juez no puede ser excluida»<sup>67</sup>. Así, estima el autor, en las hipótesis en las que el legislador ha desistido de efectuar una descripción precisa de sus contenidos valorativos, o cuando mediante cláusulas generales «se remite el Juez en el Derecho penal al “interés público”, en el Derecho civil a las “buenas costumbres”, y en el Derecho administrativo a la “oportunidad”, entonces es evidente que al final ha de entrar en escena su propia valoración (la del Juez)»; e incluso termina aceptando que en las situaciones en las que se ha de indagar cuál es la decisión valorativa del Poder Legislativo, «se constata a menudo que dicha decisión está ya superada (...) por los continuos cambios en la sociedad, así como la permanente mutación valorativa de ideas que hasta hace poco eran “modernas”, resultado del desarrollo de la tecnología y de la ciencia, hacen que la idea de un control continuo de valores y la corrección de valores por parte del legislador cobren un carácter utópico»<sup>68</sup>.

Aunque la estructura del texto normativo producida por el legislador será la que determine el contenido y el alcance de la interpretación<sup>69</sup>, no sólo las

<sup>64</sup> Por todas, STC 19/1982, de 5 de mayo.

<sup>65</sup> E. García de Enterría, quien cita en su apoyo la STC 24/1990, de 15 de febrero, *Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo*, Madrid, 2001, p. 122. Ahora bien, como observa M. Medina Guerrero, «el principio de interpretación de las leyes en la forma más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales (entre otras, SSTC 76/1987, de 25 de mayo, FJ 2.º; 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2.º; 146/1999, de 27 de julio, FJ 6.º; y 148/1999, de 4 de agosto, FJ 3.º). Si, en efecto, se afirma que sólo una interpretación (la más favorable) de la legalidad debe superar el escrutinio del Tribunal Constitucional, se está cerrando el paso a otras lecturas posibles de las que en realidad ni puede decirse que sean erróneas —incluso, a veces, pueden ser las más ajustadas a su literalidad— ni que sean *per se* contrarias al derecho fundamental. Serán únicamente interpretaciones menos favorables, pero podrán ser constitucionalmente posibles; de hecho, lo serán todas aquellas que, de haber sido asumidas expresamente por el legislador, no se habrían considerado vulneradoras del derecho fundamental», «Art. 1», en *op. cit.*, p. 85.

<sup>66</sup> S. Satta/P. Pajardi, *Il giudice e la legge*, Roma, 1971, pp. 7 y ss.

<sup>67</sup> D. Simon, *La independencia del Juez*, Barcelona, 1985, p. 82.

<sup>68</sup> D. Simon, *La independencia...*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>69</sup> Sabido es, recuerda F. Müller, que los textos normativos presentan distintos grados de claridad y certidumbre —densidad normativa—, y respecto al carácter general o particular del texto de la norma decide exclusivamente el legislador. Ahora bien, si el legislador opta por una formulación amplia, ello implica ya una parte de delegación legítima de competencias de creación jurídica a favor del Juez. Ante estas normas abiertas, el Poder Judicial no solamente está facultado, sino que incluso se le obliga

cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados<sup>70</sup>, sino también los conceptos jurídicos aparentemente determinados y unívocos confían al aplicador la ulterior formación de la norma; si bien, se ha demostrado finalmente que casi todos los conceptos jurídicos, con excepción de los conceptos numéricos, son indeterminados y por ello equívocos. En efecto, también las leyes consideradas unívocas pueden ser relativizadas en consideración a la *ratio legis*; e incluso la no interpretación de una palabra es ella misma un acto de interpretación<sup>71</sup>. Por lo tanto, la interpretación de una norma representa, en la práctica totalidad de los casos, una formación ulterior del Derecho y, de esta forma, la norma es siempre como es interpretada, dirá J. Esser<sup>72</sup>. Así, para este autor: «*der Richter (...) nur dem Gesetz unterworfen- das Gesetz aber ist das, war er selbst darunter pflichtgemäss versteht*» («el Juez continúa sometido exclusivamente a la Ley, pero la Ley es lo que él entienda obligatoriamente como tal»<sup>73</sup>). La creación jurídica se hace, pues, «desde la Ley», pero no necesariamente «por la Ley»<sup>74</sup>; puesto que la función desarrollada por el Juez en las modernas sociedades democráticas no es ya neutra, sino activa, si bien «siempre volcado al servicio de la Constitución y de la Ley y de sus propios valores»<sup>75</sup>. En definitiva, pudo afirmar O. Bachof, en toda interpretación judicial de una norma ha existido siempre y al mismo tiempo un desarrollo de dicha norma, porque cada concreta valoración judicial implica en todo momento un elemento de decisión

---

a crear su propia norma de decisión práctica por la vía de una concretización gradual. En definitiva, al Juez no le está permitido tomar su decisión en contra del texto literal claro de la norma; y, de otro lado, cuanto más ceñida sea la redacción del texto de la norma tanto menor será el margen de la concretización propio del Juez, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1966, pp. 201 y ss.

<sup>70</sup> En los principios generales y en los principios abstractos encontramos el ámbito por excelencia donde se produce la relación de colaboración entre los Jueces y el legislador, sostienen R. David/C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 1993, p. 119; en términos parecidos, G. Alpa, *L'arte di giudicare*, Roma/Bari, 1996.

<sup>71</sup> Fr. Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, Berlin, 1984, pp. 147 y ss.

<sup>72</sup> Fr. Müller, *Juristische Methodik...*, *op. cit.*, p. 209.

<sup>73</sup> J. Esser, «Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht», en *Festschrift für Fritz von Hippel*, Tübingen, 1967, p. 113.

<sup>74</sup> J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl...*, *op. cit.*, pp. 74 y ss. Porque, al final, la decisión es ciertamente «cosa del Juez, no de la Ley», viene a expresar, por ejemplo, A. Nieto, *El arbitrio...*, *op. cit.*, p. 136. Y, con carácter previo, explica el mismo autor que a partir del art. 5.1 de nuestra LOPJ: «Los Jueces y Tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos...», se pudiera pensar en diferenciar muy claramente las actividades de interpretación y aplicación; pero, lo esencial, entiende, es «que para esta ley orgánica —como para su ideología sustentadora— creación de ley y aplicación de ella son actividades rigurosamente separadas, cada una atribuida a un Poder constitucional distinto y sin intromisiones», para añadir que «la irrealidad de esta ideología es, no obstante, palmaria, ya que la ley no es sólo obra del legislador ni permanece invariable, sino que desde el primer momento se lanzan sobre ella los otros poderes —el ejecutivo y el judicial— y la desfiguran, a veces tan sustancialmente que la hacen irreconocible (...) La interpretación y aplicación de la ley no son operaciones externas que dejan incólume el texto originario. Aunque las resoluciones judiciales sólo afectan en principio al caso concreto, la realidad es que tienen un alcance normativo que nadie puede discutir. La resolución trasciende al caso y se coloca en el nivel del Derecho objetivo actuando como regla general complementaria de la ley. El Juez es otro colaborador del legislador e incluso más íntimo que la Administración reglamentadora (...) En estas condiciones, la vieja polémica de si los Jueces pueden “crear” derecho, o no, se resuelve por sí misma, ya que nadie puede dudar que la colaboración es una forma de creación».

<sup>75</sup> E. García de Enterría, «La democracia y el lugar de la Ley», en *op. cit.*, p. 623.

auténtica y originaria<sup>76</sup>. Es conocido asimismo, en este sentido, el interrogante suscitado entre otros por el mismo O. Bachof, respecto de la problemática fundamental del *modo*, cuestión que plantea en los siguientes términos: si es cierto que la interpretación jurisdiccional es inevitablemente creadora, y, en consecuencia, que los Jueces son necesariamente partícipes en el proceso de creación jurídica, ¿debe todo ello significar que los Jueces sean legisladores, es decir, que la jurisprudencia sea una forma de legislación?<sup>77</sup>

De cualquier forma, y más allá de la anterior perspectiva, como ha sostenido Fr. Müller, el «texto» de la norma jurídica es un elemento importante pero no el elemento exclusivo del contenido de la norma; constituye sólo una hipótesis de trabajo<sup>78</sup>. El texto no es «la ley», sino una prefiguración —*Vorform*<sup>79</sup>—, que, sin embargo, sirve al Juez en el marco interpretativo no sólo como punto de enlace para la resolución del caso, sino siempre como punto de partida, orientación y objetivo del conocimiento jurídico, por lo que, evidentemente, resultan inadmisibles las decisiones que vayan en contra de la literalidad inequívoca del texto de la norma<sup>80</sup>. En consecuencia, como ya hemos apuntado e incide el propio Fr. Müller con buenos argumentos, la vinculación del Juez a la ley no constituye una magnitud linealmente esquematizable o fijable. Lo que quiere decir vinculación del Juez a la ley y hasta qué punto esta vinculación es actualizable y controlable, depende tanto de la función como de la estructura de las normas jurídicas en cuestión respecto a los casos jurídicos que deben regular<sup>81</sup>. La obtención de criterios prácticos requerirá diferenciar cuidadosamente, por lo tanto, entre la estructura de la norma, los ámbitos jurídicos, los tipos de procedimiento —y/o instancias— y los órdenes jurisdiccionales<sup>82</sup>. Por consiguiente, las normas propiamente resultan de los procesos de resolución práctica del caso, a título de modelos del orden jurídico tácticamente determinados, que deben ser diferenciados tanto según las disciplinas jurídicas particulares, como, en el interior de las mismas, desde los puntos de vista estructural y funcional<sup>83</sup>. No obstante, como ya hemos expresado, una decisión contraria al

<sup>76</sup> O. Bachof, *Jueces y Constitución...*, op. cit., p. 24.

<sup>77</sup> O. Bachof, «Der Richter als Gesetzgeber?» (1977), ahora en *Wege zum Rechtsstaat*, Königstein/Ts., 1979, pp. 344-358. En la aplicación del Derecho por el Juez, precisa W. Heyde, sus márgenes de interpretación no son comparables a la discrecionalidad del legislador», «La jurisdicción», en op. cit., p. 816. Asimismo sostiene que en el Estado democrático, «los márgenes lícitos abiertos a la creación judicial (...) residen antes que nada, y por principio, en la habilitación para la creación del Derecho con que la Constitución ha investido al Parlamento», «La jurisdicción», en op. cit., p. 817.

<sup>78</sup> Fr. Müller, *Juristische Methodik*, 7.<sup>a</sup> ed., Berlin, 1997, p. 208; asimismo T. Mazzarese, para quien el Derecho no puede considerarse como algo autónomo y distanciado de la realidad social y de la cultura en las cuales el Juez opera, y, por ello, el razonamiento judicial es estructuralmente complejo y heterogéneo «nel quale si incontrano a si intrecciano diverse dimensioni logiche, linguistiche, conoscitive ed argomentative», *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, 1996.

<sup>79</sup> Fr. Müller, *Strukturierende Rechtslehre...*, op. cit., pp. 147 y ss.

<sup>80</sup> Fr. Müller, *Normstruktur und Normativität...*, op. cit., pp. 140 y ss.

<sup>81</sup> Fr. Müller, *Strukturierende Rechtslehre...*, op. cit., pp. 263 y ss.

<sup>82</sup> Fr. Müller, *Strukturierende Rechtslehre...*, op. cit., pp. 263 y ss.

<sup>83</sup> Fr. Müller, *Strukturierende Rechtslehre...*, op. cit., pp. 147 y ss. Recientemente, entre nosotros J.A. Montilla Martos: «las normas legales no son aquello que aparece propuesto en abstracto, sino el resultado de su aplicación en la actuación cotidiana del Juez ordinario», *Minoría política y Tribunal Constitucional*,

texto de la norma resulta metodológicamente imposible, pero la prevención normativa no está sustancialmente presente o contenida en el texto, creencia esta última, por demás, que constituye ciertamente uno de los errores más de bulto del positivismo legalista<sup>84</sup>. A juicio del mismo autor, la fundamental equivocación del positivismo estriba precisamente en considerar que la norma jurídica existe antes del caso jurídico concreto, con lo que estamos ante la ilusión de una *lex ad casum*, una norma dada *a priori* a partir de la cual la solución del caso debe ser deducida; error que, advierte, sigue siendo común a los positivistas y a gran parte de las posiciones que se declaran antipositivistas<sup>85</sup>. La norma jurídica no es nunca el sujeto de la concretización, porque ésta en ningún caso constituye una «reconstrucción», sino el proceso propiamente dicho de construcción de una norma jurídica de la cual resta aún por derivar la norma de decisión<sup>86</sup>. Es decir, la norma de decisión —*Entscheidungsnorm*— es más concreta que la norma jurídica en la acepción tradicional, y esta última más concreta aún que el texto de la norma. Entender, pues, la función del Juez como una reejecución —*Nachvollzug*— de las intenciones del legislador, se revela en la práctica como una ficción irredimible, porque no se puede reejecutar más que una cosa que ya ha sido preejecutada<sup>87</sup>.

En este sentido, y en expresión, por ejemplo, de J. Esser, toda interpretación «consiste en una combinación entre *lex scripta* e *ius non scriptum*, y sólo así resultará creada la norma positiva misma»<sup>88</sup>, con la consecuencia de que,

---

Madrid, 2002, p. 148. Y en similares términos, referido a las normas que integran la Constitución, P. Habermas afirma: son «simultáneamente marcos referenciales y materiales», pero «no se le presentan al ciudadano como una oferta lisa y llana, sino conjuntamente como oferta e invitación a la reflexión (como pensamiento ontológico), de lo que no son sino resultados parciales configurados a su vez como tales», *Pluralismo y Constitución...*, *op. cit.*, p. 60.

<sup>84</sup> Fr. Müller, *Strukturierende Rechtslehre...*, *op. cit.*, pp. 147 y ss. Recuerda muy oportunamente M. Peris Gómez que el positivismo «no fue sólo la filosofía que sustituyó al iusnaturalismo en la tarea de fundamentar el Derecho, sino una doctrina muy ligada al quehacer judicial, pues se había impuesto en la época en que surgieron en Europa las primeras legislaciones sobre la organización judicial, donde se delimitaban las funciones y deberes del Juez (...) sin embargo, las consecuencias reales que para los Jueces y los ciudadanos tuvo esta actitud “alegre y confiada” en las épocas y áreas de dominación fascista, produjo tal rechazo que la calificación de “positivista” adquiere carácter peyorativo. Como expresa E. Schmidt, “nada peor se puede decir de un jurista sino que es positivista”, porque “nada se ha hecho tan problemático como la cuestión de qué es lo que propiamente vincula al Juez”, puesto que aquellos Jueces que durante la época nazi aplicaron puntualmente las leyes hitlerianas habían resultado condenados como criminales, precisamente por el contenido inhumano de aquellas leyes. Habían quebrado, y quebrado definitivamente, aquellas hipótesis tan rotundas del positivismo, como las siguientes: la diferencia entre el hecho y el derecho; que a tal Derecho positivo es lo único a que debe atenerse el Juez, el Derecho es sólo Derecho Positivo, donde no hay una verdad objetiva y un trasfondo ético, sino, simplemente, el compromiso de unas corrientes sociológicas, políticas, sentimentales, psicológicas, etc.; que lo mismo pueden venir de un pueblo que de una persona o grupo de personas geniales o psicópatas, pero que, en todo caso, ello no importa al Juez, porque éste debe atenerse a tal sistema, cual se presenta, que es el único y verdadero Derecho», «El Poder Judicial dentro del Poder del Estado», en *Poder Judicial*, número especial XI, 1986, pp. 268-269.

<sup>85</sup> Fr. Müller, *Strukturierende Rechtslehre...*, *op. cit.*, pp. 147 y ss.

<sup>86</sup> Fr. Müller. Puede verse del autor, entre otros momentos, *Strukturierende Rechtslehre...*, *op. cit.*, pp. 116 y ss.; 169; 196 y ss.

<sup>87</sup> Fr. Müller, *ibidem*.

<sup>88</sup> J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 3.<sup>a</sup> ed., Tübingen, 1974, p. 132, nota núm. 57.

«guste o no guste, en cada sentencia hay una dosis mayor o menor de arbitrio, del que no pueden prescindir —aunque intenten ocultarlo o ignorarlo— los Jueces legalistas más rigurosos»<sup>89</sup>. Por la propia naturaleza de las cosas, y aun vinculado por el Derecho o los textos jurídicos en vigor, el aplicador reabre el proceso valorativo de carácter axiológico-material que desarrolló previamente el órgano de creación del texto de la norma; aunque bien sepamos, la experiencia jurídica pone de manifiesto, y asimismo hemos aludido a ello, que no se puede rigurosamente separar interpretación del derecho y creación jurisprudencial del mismo<sup>90</sup>: «el intérprete investiga y reconstruye una estructura jurídica que forma poniendo en conexión una norma con otras normas, una ley con otras leyes, las disposiciones normativas con los hechos, y con los comportamientos en torno a los que está llamado a juzgar y decidir»<sup>91</sup>. No

<sup>89</sup> A. Nieto, *El arbitrio...*, op. cit., p. 207. El Juez, dirá en similares términos T. S. Vives Antón, aplica las normas jurídicas «interpretando sus reglas y extrayendo de ellas principios implícitos o explícitos en base a los cuales solventa sus antinomias e integra lagunas (...) realiza, pues, un proceso de reformulación del Derecho con vistas al caso, en el que elige entre una serie de posibles opciones»; además, la posición del Juez «como integrador del ordenamiento y no como mero aplicador mecánico del mismo, viene siendo incesantemente potenciada», «La responsabilidad del Juez en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial», en op. cit., pp. 341-342.

<sup>90</sup> Fr. Müller, *Strukturierende Rechtslehre...*, op. cit., pp. 147 y ss.; según este autor, la frontera entre la libre creación del Derecho y la concretización vinculada por los textos de las normas no debe ser en efecto borrada, ni siquiera en nombre del principio del Estado de Derecho tal como es garantizado a la colectividad por la Ley constitucional y sus principios fundamentales. La realización de la Constitución no es disociable de la concretización de las normas constitucionales, lo mismo que esta concretización no es disociable de la aplicación de un método que pueda ser, en su génesis y su presentación, controlado, analizado y discutido. Es la única vía para lograr la concretización de los derechos fundamentales sin utilizar vías dudosas que ofrezcan cauces para la irracionalidad y la inseguridad que resultaran inadmisibles desde la perspectiva de las prescripciones normativas del principio del Estado de Derecho tal como ha sido consagrado por la Constitución. Es decir, se trata de que el resultado sea suficientemente racional y suficientemente controlable. Es cierto que se debe ofrecer una metodología racional que se aleje de las tendencias disolventes y se proyecte como un modelo sólido. Hay que aclarar muy bien la estructura de la concretización como modo de tomarse la Constitución en serio. La subsunción no sólo es desventajosa sino que resulta imposible por el sólo hecho del desarrollo del Estado social. Además, se revela impracticable cuando se trata de interpretar el concepto de dignidad humana o del libre desarrollo de la personalidad, que sólo pueden ser interpretados en cuanto constitutivos de un orden de valores. Dada la incertidumbre que planea sobre los conceptos jurídico-constitucionales en el Estado de Derecho constitucional moderno, nada se va a poder lograr mediante la subsunción.

<sup>91</sup> V. Frosini, *La letra y el espíritu de la ley*, Barcelona, 1995, p. 149. Incluso el mismo H. Kelsen escribió que la interpretación jurídica debe evitar con el máximo cuidado la ficción según la cual una norma jurídica no admite más que una única significación, la considerada exacta. Para la teoría de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico del autor, en todas las instancias de la pirámide normativa se produce de forma simultánea creación y aplicación jurídica. Desde la *Stufentheorie* se trata de conciliar las dimensiones creadora/aplicadora del derecho. H. Kelsen rechazará así, por vieja y caduca, la idea de la «aplicación del derecho» como actividad exclusiva y aislada, pues el proceso de creación del derecho, considera, es continuo y va desde la Constitución a los actos ejecutivos de los agentes de autoridad, sin que pueda trazarse una frontera entre «producción» y «aplicación», *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, 2.ª ed., Wien, 1960, pp. 233 y ss.; 239 y ss. Explica que el orden jurídico no se realiza dual, sino gradualmente. Los actos jurídicos son simultáneamente actos-creación y actos-aplicación, actos-fuente y actos-ejecución, porque todos ellos están destinados a aplicar cierto derecho que les es superior y a producir el derecho que les es inferior en la forma determinada por la norma superior. Más con dos límites: hacia arriba, la norma fundamental —*Grundnorm*— hipotética, que crea la Constitución positiva, sin ser, a su vez, aplicación de una norma superior, considerado el acto más general de todos, presupuesto del ordenamiento en su conjunto y vértice de la pirámide



obstante, el trabajo del intérprete-aplicador de la norma debe desarrollarse procurando realizar «una estructuración de la realidad social en los términos exigidos por la ley»<sup>92</sup>.

Más específicamente centrado en el ámbito constitucional, a juicio, por ejemplo, de P. Badura, el *descubrimiento* del Derecho vigente presupone desarrollar un proceso complejo que cuenta con la función activa y constitutiva del propio intérprete o aplicador: el fenómeno trae consigo problemas delicados que se traducen sobre todo, dice el autor, en la instalación de un cierto «equilibrio inestable» entre legislación y justicia, entre la instancia encargada de la función creadora de producción normativa y la instancia de la aplicación jurisprudencial del Derecho<sup>93</sup>. Es cierto que estos problemas y preocupaciones no pueden considerarse exclusivos del Derecho Constitucional, si bien en su ámbito se acentúan de manera considerable, se viven de forma particularmente intensa. En efecto, por la propia naturaleza de las cosas, las posibilidades limitadas de la lógica jurídica formal son aún más restrictivas debido a la especialidad del Derecho Constitucional<sup>94</sup>, algo de lo que no fueron conscientes las formulaciones del positivismo jurídico, y, por ello, «terminaron convirtiendo al Estado en una realidad metafísica y a la Constitución en una entidad simbólica»<sup>95</sup>. Porque, si el sistema jurídico positivo, como señala C. de Cabo, «en términos generales no siempre permite la deducción inequívoca de una conclusión que aparezca como la solución única al caso planteado, en materia jurídico-constitucional este hecho se acentúa por las características más abiertas de la estructura de la norma constitucional que amplía las posibilidades de alternativas y dificulta el hallazgo de soluciones procedentes exclusivamente de la lógica formal»<sup>96</sup>. Sería una ilusión, y aún más, «un intolerable formalismo positivista», como expusiera con singular fortuna G. Leibholz, «opinar

---

normativa. Hacia abajo, la ejecución material de normas individuales, es decir, a excepción de los actos más concretos —ciertos actos administrativos, sentencias judiciales y negocios jurídico-privados— que se sitúan en la base de la misma pirámide: la decisión judicial es una norma individual creada por un tribunal como órgano llamado a tomarla en «régimen de división del trabajo». El primero es considerado por Kelsen como puro acto-fuente —no puesto, sino presupuesto, no es *gesetzte Norm*, sino *vorausgesetzte Norm*— y los últimos como puros actos-ejecución —debe tenerse asimismo en cuenta la relativización que lleva a cabo el autor de la distinción entre Derecho público y Derecho privado, contraposición dualista que tenía, a su juicio, una dimensión o faceta ideológica y no científica—. Lo cierto es que en la *Stufentheorie*, desarrollada fundamentalmente en la *Teoría Pura del Derecho*, y de la que se contiene asimismo una buena síntesis de los elementos esenciales en «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 5, Berlin, 1929, pp. 30-88, se alerta continuamente acerca de los peligros para la seguridad y la previsibilidad jurídicas, en el caso de que los textos constitucionales albergaran conceptos indeterminados y principios jurídicos tan generales como los de justicia, equidad, igualdad, pues, a su juicio, los derechos constitucionales positivos deberían evitar siempre semejante «fraseología».

<sup>92</sup> V. Frosini, *La letra y el espíritu...*, op. cit., p. 149.

<sup>93</sup> P. Badura, «Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung durch Gesetz», en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, ed. de J. Isensee/P. Kirchhof, Bd. VII, Heidelberg, 1992, pp. 185 y ss.

<sup>94</sup> Fr. Müller, *Juristische Methodik...*, op. cit., *passim*.

<sup>95</sup> P. de Vega, «El tránsito del positivismo jurídico al positivismo sociológico en la doctrina constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1998, p. 75.

<sup>96</sup> C. de Cabo, «Encuesta sobre la orientación actual del Derecho constitucional», en op. cit., p. 40.

que en el campo del Derecho Constitucional es posible o lícito aplicar de alguna manera mecánica una norma general, como, por ejemplo, la de la igualdad, una garantía institucional o un principio como el del Estado de Derecho, sin intentar al mismo tiempo relacionarlas de manera coherente y significativa con la realidad socio-política»<sup>97</sup>.

La configuración, pues, de los distintos ámbitos del Derecho incide de manera significativa en la legalidad o conformidad con la estructura normativa del fallo judicial<sup>98</sup>. Así, como terminamos de apuntar, el Derecho Constitucional no sólo se caracteriza globalmente por el carácter especial y abierto de los contenidos reflejados en sus estructuras normativas, sino también por su gran cercanía material al ámbito de lo político<sup>99</sup>; y, en este sentido, el Juez cuenta con un apreciable margen de valoración y decisión. Más aún, en aras de la efectividad de la Constitución, se plantea incluso la necesidad de un desarrollo jurídico-judicial<sup>100</sup> que permita evitar «la disociación en términos de aislamiento de norma jurídica y realidad social», otorgando el peso adecuado al «entramado de relaciones políticas, económicas, técnicas y sociales»<sup>101</sup>. En consecuencia, para llegar a actualizar —*concretizar*— la Constitución, el derecho de creación judicial y los precedentes llegan a adquirir una importancia no desdeñable en la práctica<sup>102</sup>. Y es que, en mayor medida que el resto de las ramas jurídicas, el Derecho Constitucional se halla en un proceso de formación y reelaboración permanente, para expresarlo con P. Häberle. Existe, pues, un problema específico que se impone como tema prioritario para la ciencia del Derecho Constitucional, esto es, el problema de la interpretación de ese conjunto de estructuras normativas abiertas que

<sup>97</sup> G. Leibholz, *Problemas fundamentales de la Democracia...*, op. cit., p. 159. Porque, si como muy precisamente concluye H.P. Schneider, la Constitución asume «en su regulación todo el ámbito existencial de lo político (...) le sobrevienen contenidos políticos cuya concreción y actualización bajo las correspondientes históricas y reales sólo es posible teniendo en cuenta categorías politológicas, sociológicas y económicas», *Democracia y Constitución...*, op. cit., p. 43.

<sup>98</sup> Fr. Müller, *Strukturierende Rechtslehre...*, op. cit., pp. 263 y ss.

<sup>99</sup> H. P. Schneider, «Verfassungsinterpretation aus theoretischer Sicht», en op. cit., pp. 45 y ss.; aunque reconoce, a partir de la observación del cambio de los *conceptos morales* que se viene produciendo en la actualidad, que a la jurisdicción le conviene ser moderada a la hora de valorar las normas del Derecho Constitucional. Expresa, sin embargo, que el Derecho Penal, por el contrario, y en virtud de la fórmula *nulla poena sine lege* y de la prohibición estricta de la analogía, limita mucho las posibilidades del Juez en cuanto a la creación jurídica, excepción hecha de aspectos tales como la gradación de la pena concreta, límites «competenciales» que no observa en el ámbito del Derecho civil; mientras que el Derecho laboral con un inferior número de normas legales, induce a la jurisdicción a una configuración social propia, extralimitándose a menudo en sus competencias. En fin, entiende que las numerosas leyes de planificación, control y acción en el ámbito del Derecho administrativo, obligan a la observancia estricta de la vinculación judicial, y asimismo el Juez apenas tiene acceso a valoraciones propias en el ámbito del derecho procesal, debido a sus severas exigencias en cuanto a claridad, determinación a integridad. Por otro lado, destaca que el «factor tiempo» desempeña un papel bastante importante, porque a medida que aumenta el intervalo del tiempo que media entre el mandato jurídico y el fallo judicial en un caso individual, se incrementará sin duda la posibilidad del Juez para desarrollar creativamente el Derecho.

<sup>100</sup> M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung...*, op. cit., pp. 243 y ss.

<sup>101</sup> K. Hesse, «Estadios en la historia de la jurisdicción constitucional alemana», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 1, 1998, p. 106, algo que, según el autor, ha sido reconocido en la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* al otorgar «importancia esencial a la realidad».

<sup>102</sup> H. Sendler, «Richterrecht- rechtstheoretisch und rechtspraktisch», en op. cit., pp. 3240 y ss.

integran el texto de la Constitución, de manera esencial en lo referente a los derechos fundamentales; el problema del descubrimiento y fijación de su sentido, y esta actividad de concreción tiene carácter creador en «los límites del texto»<sup>103</sup>. Y es que, sólo por esta vía resulta posible superar la tradicional tensión —*Spannung*— entre la Constitución escrita y la realidad política, presente siempre en la interpretación de cualquier precepto constitucional, pero acentuada en algunos casos —los denominados «casos difíciles»—<sup>104</sup>; teniendo en cuenta asimismo como fundamento que en el Estado social «cada exégesis constitucional sea la viva proyección real del contenido constitucional que tiene en cuenta y garantiza todo hecho social», para expresarlo con U. Scheuner<sup>105</sup>.

#### IV. POLITICIDAD JURÍDICA Y METODOLOGÍA COMO CONDICIONANTES EN EL PROCESO DE CREACIÓN NORMATIVA DERIVADA DE LA APLICACIÓN / INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

Este conjunto de procedimientos que el Juez sigue para completar creativamente el Derecho es denominado en la literatura jurídica alemana con el término *Rechtsfortbildung*, y de *diritto giurisprudenziale* o *momento giurisprudenziale del diritto* habla la doctrina científica italiana<sup>106</sup>. De otra parte, la misma ciencia jurídica alemana ha puesto de manifiesto los caracteres no sólo de valoratividad, sino de politicidad que integran la actividad del intérprete. Ahora bien, cuando se habla de politicidad de la ciencia jurídica es oportuno realizar alguna precisión. La opinión doctrinal probablemente prevalente entiende por politicidad del Derecho una crítica de la norma en vista de una determinada reforma de la misma; una segunda corriente reivindica la parte que en cada aplicación normativa tienen los criterios de política del Derecho, pero no atribuyen a este hecho significado peyorativo alguno<sup>107</sup>. En definitiva,

<sup>103</sup> H. P. Schneider, «Verfassungsinterpretation aus theoretischer Sicht», en *op. cit.*, p. 41; en su opinión, la vinculación del Juez a la Ley y la Constitución significa, ante todo: acatamiento estricto de la literalidad inequívoca (del texto literal de la norma), sobre todo en los casos en los que la propia norma incluye reglas de interpretación, pues el «significado literal posible» queda descartado por motivos semánticos debido al espectro interpretativo excesivamente amplio como criterio de vinculación.

<sup>104</sup> En este sentido, W. Hennis, quien en el análisis de la tensión entre norma constitucional y realidad política considera que uno de los ejemplos más ilustrativos de la misma viene expresado por la problemática que suscita el principio general de igualdad, *Verfassung und Verfassungswirklichkeit (ein deutsches Problem)*, Tübingen, 1968, pp. 5 y ss.; pero al mismo tiempo considera necesario y posible superar la dicotomía entre norma y realidad, al objeto de llegar a una idea de Constitución como *sozialer und geistiger Eisenbahnfahrplan*, que estará en la antítesis de la peligrosa dialéctica *Verfassung-Verfassungswirklichkeit*, para lo que será preciso una interpretación adecuada, fundamentalmente, de los grandes principios constitucionales, *op. cit.*, pp. 23 y ss., y 34 y ss.

<sup>105</sup> U. Scheuner, «Die Aufgabe der Gesetzgebung in unserer Zeit» (1960), recogido ahora en *Staatstheorie und Staatsrecht*, Berlin, 1978, pp. 317 y ss. Sobre la *Soziale Egalisierung* del autor, puede verse P. Häberle, *Pluralismo y Constitución...*, *op. cit.*, p. 191.

<sup>106</sup> L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, pp. 371 y ss., y 500 y ss.

<sup>107</sup> H. Sender, «Richterrecht- rechtstheoretisch und rechtspraktisch», en *op. cit.*, pp. 3240 y ss. Delineada de este modo, como reconoce T. S. Vives Antón, «el Juez desarrolla una actividad política, no, desde

según las opiniones hoy en gran medida dominantes, la elección de los métodos interpretativos no puede tener lugar en atención a consideraciones puramente lógicas o técnicas capaces de imponerse universalmente, sino que se ha de llevar a cabo sobre la base de juicios de valor y siempre con la mirada puesta en el resultado <sup>108</sup>, esto es, en la irrenunciable búsqueda de la solución correcta <sup>109</sup>. Particularmente claro es al respecto la posición de los representantes de la *Wertungsjurisprudenz*: juzgar significa valorar —*richten ist werten*— <sup>110</sup>. Sin embargo, la actividad valorativa del intérprete-aplicador no es enteramente libre, sino *vinculada* —tal como hemos insistido—, debiendo realizar la concretización en coherencia con los valores fundamentales del ordenamiento así como con aquellos más generales que forman parte de las convicciones ético-sociales existentes <sup>111</sup>.

Ahora bien, la obligación del Juez de respetar la ley en modo alguno ha de significar una observación textual, sino un respeto al sentido y a la finalidad de la misma <sup>112</sup>. Como subraya J. Esser, «la comprensión de la ley por parte del Juez dependerá siempre de su comprensión de los motivos y propósitos sociales de aquélla» <sup>113</sup>, es decir, incluye presunciones respecto de los

luego, en el sentido de una política de partido, pero sí en el de una política del Derecho. La actividad judicial, como actividad política, se desenvuelve en un ámbito limitado —el ámbito de la solución de los conflictos con fundamento en el ordenamiento—. El Juez, en cuanto tal, no participa en la vida política a título personal, ni puede guiarse por sus propias convicciones e intereses, ni se halla sometido a consignas de organizaciones, ni entra en pugna con otras personas o grupos en la disputa por el poder. El carácter político de la actividad del Juez reside en las opciones valorativas que “*Vélis nolis*” ha de ejercitar constantemente: según ponga el acento en unos u otros valores o principios, en el curso de su actividad, sus resoluciones tomarán una u otra orientación, y de esa orientación será responsable sólo él», «La responsabilidad del Juez en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial», en *op. cit.*, p. 342. Y R. Kaufmann resaltaría que el Juez «debe colocarse a sí mismo bajo sospecha de ideología, y cobrar conciencia de los propios prejuicios y condicionamientos», citado por W. Heyde, «La jurisdicción», en *op. cit.*, p. 804. En fin, el carácter «político» de la jurisdicción y la diferencia «cuantitativa, no cualitativa» respecto de la legislación, fueron convenientemente explicados por H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, 1995, especialmente, pp. 18–20.

<sup>108</sup> H. Sendler, «Richterrecht – rechtstheoretisch und rechtspraktisch», en *op. cit.*, pp. 3240 y ss.

<sup>109</sup> R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1987, pp. 302–303. También G. Zagrebelsky, para quien la interpretación/aplicación jurídica desde la vertiente de la concepción práctica del Derecho tiene como objetivo fundamental «la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento», *El Derecho dúctil...*, *op. cit.*, p. 133. No obstante, como señala A. Nieto, es preciso superar «el dogmatismo optimista de quienes afirman que siempre hay una única solución correcta (postura que a nivel filosófico está prácticamente abandonada con excepciones muy raras, como la de Dworkin) y el escepticismo radical de, por ejemplo, el realismo jurídico norteamericano», *El arbitrio...*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>110</sup> J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl...*, *op. cit.*, p. 74.

<sup>111</sup> H. Sendler, «Richterrecht – rechtstheoretisch und rechtspraktisch», en *op. cit.*, pp. 3240 y ss. El problema estriba, sostiene M. Peris Gómez, en que «la objetividad de los Jueces y la imparcialidad de la justicia no es tan claro como se pretende exponer desde los núcleos del poder oficial y real, y, sobre todo, no depende en absoluto de un voluntarismo idealista de los Jueces, porque debajo de todo esto, y sosteniendo y orientando estas creencias, existe siempre una ideología dominante que las nutre interesadamente en sentido de mantener una estructura política, social, económica y jurídica ya existente», «El Poder Judicial dentro del Poder del Estado», en *op. cit.*, p. 275. Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán ha advertido que si de una norma son posibles dos o más interpretaciones, se debe otorgar preferencia a aquella que se corresponde mejor a los criterios de valor —*Wertentscheidung*— contenidos en la Constitución, por ejemplo, BVerfGE 8, 221; 35, 280; 44, 122; 46, 184.

<sup>112</sup> I. de Otto, *Estudios sobre el Poder...*, *op. cit.*, pp. 65 y ss.; L. M. Díez-Picazo Giménez, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, 1991, pp. 111 y ss.

<sup>113</sup> J. Esser, *Grundsatz und Norm...*, *op. cit.*, p. 35.

criterios y valores sociales que motivaron al legislador. El Juez puede llegar a otorgar sanción jurídica a consensos sobre valores, prosigue J. Esser, pero las teorías metodológicas carecen de criterios racionales para demostrar la obligatoriedad de las estructuras axiológicas, y también advierte que el consenso al que el Juez tiende es una proyección de su propia racionalidad social —que no existe pero que debería existir—, justamente de la manera en que el mismo la entiende de acuerdo con su rol y en virtud de su propia *socialización* <sup>114</sup>.

Efectivamente, según hemos venido considerando, ha resultado falsa la afirmación iuspositivista de acuerdo a la cual la decisión es el resultado de una apremiante decisión/conclusión lógica según el modelo silogístico del *modus ponens*; pero, además de errónea es también peligrosa. Es falsa, reiteramos, porque la ciencia jurídica «ha sido siempre, es y no puede dejar de ser una ciencia de problemas singulares, jamás reductible —frente a ingenuos intentos, siempre fallidos— al esquema mental axiológico-deductivo» <sup>115</sup>. Y es peligrosa, porque puede inducir a creer que la actividad del jurista se agota en el acto de subsunción y en la reconstrucción de un dictado normativo según criterios lógico-sistemáticos, mientras se produce, sin embargo, un patético olvido de los hechos <sup>116</sup>. Quizá por ello, dirá nuestro Tribunal Constitucional, la función judicial traducida y reflejada «fundamentalmente en las resoluciones y Sentencias de los Jueces y Tribunales, no es automática o de pura subsunción, sino reflexiva; no es fruto de un mero voluntarismo, sino de resoluciones contrastadas por los hechos, por las normas (sujeción a la Ley) y en definitiva por la Constitución» <sup>117</sup>. Pues bien, debido a esta circunstancia, los defensores del método tópico rechazarán con contundencia el planteamiento de la metodología deductivista de la subsunción, según el cual, el intérprete se limita a la reproducción de algo ya pensado <sup>118</sup>, puesto que el intérprete contribuye siempre a determinar el contenido de la norma y, en consecuencia, toda actividad judicial comprende un elemento creador incluso cuando tan sólo consiste en una mera y clara aplicación de preceptos jurídicos a asuntos concretos <sup>119</sup>. Para estas corrientes, la aplicación del Derecho implica siempre conferirle un significado —*Simngebung*— <sup>120</sup>, y, por lo tanto, el operador jurídico crea, ateniéndose a criterios meta-positivos de justicia, la solución del caso concreto, anticipa un resultado razonable, e identifica con el sentido del texto de la norma este resultado ya encontrado <sup>121</sup>.

<sup>114</sup> J. Esser, *ibidem*, p. 135.

<sup>115</sup> E. García de Enterría, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, 1984, p. 76.

<sup>116</sup> H. P. Schneider, «Rechtstheorie ohne Recht? Zur Kritik des spekulativen Positivismus in der Jurisprudenz», en *op. cit.*, p. 111.

<sup>117</sup> STC 120/1987, de 10 de febrero.

<sup>118</sup> Según K. Larenz, «*Auslegen ist ein vermittelndes Tun, durch das der Auslegende den Sinn eines Textes, der ihm problematisch geworden ist, zum Verständnis bringt*». Frente a posiciones doctrinales representadas por Ennecerus o Nipperdei, contrarios a reconocer el carácter de fuente del Derecho al Derecho judicial, dice G. Alpa que posiciones modernas como las sustentadas por Esser o Larenz se muestran decididamente favorables a la inevitable integración judicial de la ley, *L'arte de giudicare...*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>119</sup> A. Hollerbach, «Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassungs?», ahora en *Problem der Verfassungsinterpretation*, ed. de R. Dreier/F. Schwemann, Baden-Baden, 1976, pp. 98-99, nota núm. 8.

<sup>120</sup> J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl...*, *op. cit.*, p. 73.

<sup>121</sup> H. Ehmke, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 20, Berlin, 1963, pp. 53 y ss.; y Chr. Gusy, «Richterrecht und Grundgesetz»,

La decisión siempre es, en efecto, el producto reflexivo de toda una serie de argumentos pro y contra<sup>122</sup>. Por lo tanto, la función del jurista aplicador del Derecho es de carácter creador también en el sentido de productiva de nuevo Derecho positivo<sup>123</sup>, no se limita a transformar la abstracta norma jurídica en una norma reguladora de un caso concreto y a adaptar y perfeccionar el Derecho con fundamento en la mutación de las relaciones sociales, económicas y políticas, sino que llega a dar vida a relaciones e institutos jurídicos no previstos por voluntad del legislador<sup>124</sup>. Ahora bien, si la norma deja siempre al jurista-intérprete un margen más o menos amplio de elección personal y responsable de carácter creativo<sup>125</sup>, desde esta perspectiva, el Derecho es en todo caso también de carácter «jurisprudencial»<sup>126</sup>.

En definitiva, el Juez no se limita a ofrecer el conocimiento de un Derecho enteramente formado, sino que contribuye a la misma formación del Derecho: cada norma jurídica es más el resultado que el objeto de la interpretación, cada decisión judicial, comprendiendo tanto elementos lógico-cognitivos como también elementos valorativos y volitivos, puede considerarse una *Rechtsneubildung*, esto es, una *law in making*, lo que implica elecciones políticas entre resultados y entre métodos<sup>127</sup>. Con el acto hermenéutico, de naturaleza sustancialmente creativa, se realiza la síntesis dinámica entre la abstracción de la estructura normativa y la concreción de la situación histórica a cualificar jurí-

---

en *Die öffentliche Verwaltung*, 1992, pp. 461 y ss. Para decirlo con A. Nieto, «de una manera deliberadamente reduccionista y pacífica, hay sentencias inspiradas en la estricta legalidad y otras afectadas por el ejercicio del arbitrio del juzgador. Como en las primeras se da por sentado (aunque no sea rigurosamente cierto, al menos en mi opinión) que sólo existe una solución correcta —impuesta por el Derecho positivo— (...) Ahora bien, en los supuestos —frecuentísimos, por lo demás, contra lo que muchos creen— en que caben varias soluciones correctas y que entre ellas escoge el juzgador la que considera más oportuna ejerciendo su arbitrio personal», «Valor legal y alcance real de la jurisprudencia», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 8-9, 2001-2002, p. 115.

<sup>122</sup> Sin omitir ninguno relevante, dirá M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung...*, op. cit., p. 140.

<sup>123</sup> «Toute interpretation comporte un certain degré d'appréciation et donc de création», M. Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, Paris/AixMarseille, 1990, p. 30. Y afirma M. Troper que «l'interprète detient un pouvoir de même niveau que celui de l'autorité dont il interprète les textes. L'interprète de la loi détient un pouvoir législatif et l'interprète de la constitution, un pouvoir constituant», G. Burdeau/F. Hamon/M. Troper, *Droit Constitutionnel*, Paris, 1997, p. 71.

<sup>124</sup> Chr. Gusy, «Richterrecht und Grundgesetz», en op. cit., pp. 461 y ss.

<sup>125</sup> L. Lombardi, *Saggio sul Diritto...*, op. cit., passim.

<sup>126</sup> Chr. Gusy, «Richterrecht und Grundgesetz», en op. cit., pp. 461 y ss. I. de Otto, «Hoy es de común aceptación la tesis, formulada por Bulow en 1885 y desarrollada por la Teoría Pura del Derecho, según la cual la aplicación de la norma es al mismo tiempo un acto de creación de derecho, acto de creación normativa que no está predeterminado en todos sus extremos. Y ello no se afirma tan sólo respecto de la jurisdicción constitucional, como consecuencia de la especial índole de las normas que actúa, sino que se afirma de cualquier escalón del ordenamiento jurídico. La norma no predetermina por completo en ningún caso el acto de aplicación, sino que éste se produce al amparo de un sistema normativo que abarca diversas posibilidades. La ausencia de una predeterminación del acto en todos sus extremos es una característica de cualquier jurisdicción posible», *Estudios sobre el Poder Judicial...*, op. cit., pp. 40 y 73-74, respectivamente. Asimismo, señala E. García de Enterría que «proclamar la libre creación judicial del Derecho» no pretende lograr lo que «los juristas alemanes han llamado la interpretación ilimitada de la norma», porque no es verdad que la Ley admita una interpretación ilimitada, «La democracia y el lugar de la Ley», en op. cit.,

<sup>127</sup> M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung...*, op. cit., p. 25.

dicamente<sup>128</sup>. Porque las leyes no son simplemente normas, también modulan comportamientos fácticos histórico-concretos, y, además, en el Estado social se configuran con frecuencia como auténticos *planes sectoriales* en relación con determinadas ordenaciones sociales y económicas fundamentales. De esta forma, no sólo vinculan al Juez jurídicamente, también lo orientan fácticamente; y así, las leyes son programas para la jurisdicción, y la Constitución como ley es un programa para la legislación, lo que se traduce asimismo, por otro lado, en una mayor intervención del Tribunal Constitucional tocante a su control<sup>129</sup>.

<sup>128</sup> Chr. Gusy, «Richterrecht und Grundgesetz», en *op. cit.*, pp. 461 y ss.; H. P. Schneider, «Verfassungsinterpretation aus theoretischer Sicht», en *op. cit.*, pp. 39 y ss., quien recuerda que si bien el art. 20.3, así como el art. 97. 1 de la Ley Fundamental de Bonn declaran que todos los Jueces y Tribunales, sin excepción, están vinculados a la Ley y al Derecho.

El Tribunal Constitucional alemán se ha expresado en el sentido de que «el Derecho no está identificado con el conjunto de las normas escritas», sino que existe sobre todo un complejo de principios y de valores ético-políticos que operan como correctores de la norma escrita. Entre otras, BVerfGE, 34, 269 y ss. De todo ello se colige, dice P. Häberle, que «el propio Tribunal Constitucional federal (...) se ha decantado por la teoría del Derecho de cuño moderno, la cual —según A. Kaufmann— apenas cuestiona la tesis de que la ley no es algo totalmente acabado y perfecto, sino sencillamente “pura posibilidad jurídica” —lo que tampoco significa que se limite a ser en modo alguno sólo una simple realidad—, o sea, que la ley no es sino algo necesitado de interpretación para dilucidar si un hecho determinado de la vida que se somete a juicio se adecua o no a lo realmente querido por el legislador (...) no debemos olvidar que las posibilidades que “encierran” las normas jurídicas apenas pueden ser conocidas sino mediante su confrontación con la realidad», *Pluralismo y Constitución...*, *op. cit.*, pp. 72-73.

<sup>129</sup> H. P. Schneider, «Verfassungsinterpretation aus theoretischer Sicht», en *op. cit.*, pp. 39 y ss. En similares términos, recientemente entre nosotros J. A. Montilla Martos: «La ley del Estado social matiza los rasgos tradicionales de esta fuente del Derecho (generalidad y abstracción) en su aplicación intervencionista al ámbito socioeconómico, lo que provoca contradicciones con el principio del Estado de Derecho. Se refiere a grupos y sectores concretos con relaciones sociales conflictivas, en las que la ley es un instrumento más de los distintos grupos para la defensa de sus valores e intereses, concretada en prestaciones positivas, no predeterminables de forma general y abstracta y utilizada, además, con un carácter selectivo y desigual en la crisis del Estado social. La consecuencia es un aumento de su control por el Tribunal Constitucional, pues los grupos opuestos a la decisión mayoritaria utilizarán también esa vía (...) la ley no se limita a establecer el marco normativo de la actividad social, que protege la libertad y la propiedad mediante normas generales y abstractas, sino que resulta un instrumento de acción social (de intervención) para el logro de fines y la satisfacción de intereses inmediatos de individuos y grupos que actúan corporativamente sobre el legislador», *Minoría política...*, *op. cit.*, pp. 25 y 117-118, entre otros momentos.